

【연구논문】

권력분산을 통한 권력공유의 묘(妙)

이 옥 연
(서울대학교 외교학과)

I. 서 론

연방주의 원칙은 정부단계를 연방과 주로 나누어 각각 주권을 부여함으로써 제한된 정부에 의한 통치를 목표로 한다. 또한 연방주의의 원칙 중 하나인 주권분립은 수직적 권한분산을 가리키나 수평적 주 간 관계가 원활해야 주권분립이 효율적으로 운용된다. 그러나 미국헌법 어디에도 ‘연방주의(federalism)’란 언급은 없다. 더구나 헌법에는 연방정부와 주정부 간 책임분산에 대해 구체적 언급도 없다. 다만 수정헌법 10조가 주 주권주의를 옹호하는 헌법적 근거로 인용되는 반면 헌법 1조 8항의 통상구절과 유연성구절은 국가주권주의를 옹호하는 헌법적 근거로 인용될 뿐이다. 그렇다면 미국헌법에 표명된 핵심 원칙 중 하나인 연방주의를 반영한 헌법조문에는 어떤 내용이 적혀 있는가? 미국헌법은 연방정부와 주정부에게 어떤 권한을 위임하는가? 연방정부와 주정부 간 권한분산의 균형점에 대한 관점차이는 무엇인가? 연방정부와 주정부 간 또는 주정부 간 주권분립에 대한 분쟁이 발생하면 연방대법원은 어떤 판결을 내려왔는가? 또한 주 간 관계를 명기한 헌법 4조는 어떤 원칙에 의해 주정부 간 상호의무를 규정하는가? 본 논문은 권력분산을 통해 권력공유의 묘(妙)를 추구하는 통치체제를 규정한 미국의 연방주의 원칙을 수직적 측면과 수평적 측면에서 살펴보고자 한다.

미국의 헌법은 인민주권(popular sovereignty), 연방주의(federalism), 권

한분산(separation of powers), 균형과 견제(checks and balances), 제한정부(limited government) 그리고 사법심사(judicial review)의 원칙에 기반을 두고 있다. 이 중 연방주의 원칙은 수직적으로 연방정부와 주정부 간 관계를 규정하여 각 정부단계가 독자적인 권한과 임무를 지니고 있음을 가리킨다. 이는 원론적으로 연방정부와 주정부 간 수직적 주권분립(division of powers)을 의미하지만 실질적으로 연방정부와 주정부 간 권한과 임무에 관한 명확한 규정은 시대적으로 변해왔다.¹⁾ 동시에 연방주의 원칙은 수평적으로 연방국가의 구성원으로서 주 정부 간 관계를 규정하여 수직적 주권분립이 구현되기 위한 수평적 협의체제 운용수칙을 규정하고 있다. 이는 원칙적으로 대칭적인 권력분립을 표명하고 있으나 정치적, 재정적, 행정적 측면에서 상호형평성을 벗어나는 경우가 오히려 정례에 해당한다.²⁾

우선 헌법조문에 명시된 연방주의 원칙을 살펴보면, 기본적으로 헌법 1, 2, 3조는 대체적으로 연방정부에게 위임된 권한을 명시하고 있다.³⁾ 미국헌법 1조 8절은 연방의회에게 부여한 명시권한(express powers)을 항목별로 기술하고 있다.⁴⁾ 이 중 1항은 소위 재정권한(power of purse)으로 조세징수나 파산규제 및 화폐주조 등을 규정하며 통상구절에 해당하는 3항은 대외통상, 주간 통상 및 원주민과의 통상 규제를 규정하며 10항부터 16항에 이르는 전쟁권한(war powers)은 전쟁선포 및 군대징집 권한을 연방의회에게 위임하고 있다. 명시권한을 열거한 구절 이외 나머지 1개는 소위 유

1) 보다 상세한 논의는 이옥연A, 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」, 『미국학』 29(2006), p. 173, <표 2>를 참조하기 바란다.

2) 예를 들어 대외문제인 이라크 전쟁수행을 위해 인력 및 물자가 차출되면서 버몬트주에서는 주와 지방 경찰인력이 대거 국가방위군으로 소집되어 형사소송절차에 차질이 빚어질 정도였다. Walters et al. "Intergovernmental relations and federalism: Its past, present and future, and does anyone care?" in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007), p. 345.

3) 미국헌법은 연방정부와 주정부의 주권분립을 구현하는데 있어서 정부단계별 행정부보다 연방 입법부와 주 입법부 간 권한과 임무를 분명하게 규정하는데 주력하고 있다.

4) 이 중 17개 구절에 열거된 26개의 명시권한들은 따라서 열거권한(enumerated powers)이라고도 일컬어진다.

연성구절(elastic clause)로서 바로 이 18항에는 연방정부가 제대로 기능하기 위해 필요하고 적절하다고 판단되는 경우에 법령을 제정하거나 혹은 의회조사나 소환을 요구할 수 있는 암시권한(implied powers)이 연방 의회에 위임되어 있다. 그 외에도 헌법에 직접적으로 명기되어 있지 않으나 미합중국을 대표하는 정부로서 연방정부에게 필수적인 권한들, 특히 대외관계와 연관된 내재권한(inherent powers)이 연방정부에게 위임되어 있다.

동시에 미국헌법은 연방정부에게 위임된 권한을 명기할 뿐 아니라 연방정부에게 금지된 부인권한(denied powers)도 헌법 1조 9절에서 7개 구절에 걸쳐 상세하게 다루고 있다.⁵⁾ 게다가 수정헌법 1조부터 10조에 해당하는 권리장전(bill of rights)은 전반적으로 강화된 연방정부의 권한을 통제하려는 목적에서 연방정부에게 일정한 권한을 금지하고 있다. 특히 수정헌법 9조는 헌법에 열거되지 않은 권한일지라도 인민에게는 더 많은 민권이 보존된다고 규정하고 있다. 비슷한 맥락에서 수정헌법 10조는 명시권한, 암시권한 또는 내재권한으로 연방정부에게 위임된 권한이 아니면 서도 주정부에게 금지된 권한이 아닌 잔여권한(residual powers)을 모두 주정부나 인민에게 부여하고 있다. 따라서 헌법은 주정부의 보존권한(reserved powers)을 열거하고 있지 않고 다만 판단기준에 대한 지침만 수정헌법 10조에서 제시하고 있다. 또한 수정헌법 11조는 3조 2절 1항에 명기된 연방사법부의 고유 사법권(original jurisdiction)을 결과적으로 일부 철회하여 주의 거주민이나 외국 시민이 주를 상대로 연방사법부에 제소할 수 없도록 규정함으로써 주 주권면책(state sovereign immunity)의 헌법적 근거를 제공하고 있다.⁶⁾

5) 독립 이전에 영국의회나 왕정이 영국식민지에 대해 강압적으로 주장한 권한들이 바로 이 부인권한의 대다수를 이룬다는 사실이 흥미롭다. 자세한 논의는 McDonald, Forrest. *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio 1776-1876* (Lawrence: University Press of Kansas, 2000)을 참조하기 바란다.

6) 이러한 쟁점의 시초가 된 소위 분권화(devolution)에 관한 상세한 논의는 Kincaid, John. "The devolution tortoise and the centralization hare: the slow process in down-sizing big government," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and*

연방주의 원칙은 또한 미합중국을 구성하는 주 간 수평적 관계의 운용 수칙을 제시하기 위해 연방정부와 주정부 간 관계에서 상호 보장과 의무를 규정하고 있다. 4조 4절에서 연방정부의 임무를 명시하여 대의민주주의가 연방정부 뿐 아니라 주정부에서도 실현되도록 강제하고 주정부에 대한 외국의 침공이나 내적 봉기를 진압함으로써 주정부에 대한 연방정부의 책임을 분명히 명시하고 있다. 또한 4조 3절에서 연방정부에게 주 영토의 경계선을 보장할 책임이 주어졌다고 명시하고 있다. 그 대신 주정부는 대통령 및 부통령, 연방 상하원의원을 선출하는 연방선거에 대한 책무를 지니게 된다. 결과적으로 권한을 제도적으로 분산시켜 놓았지만 권력을 공유해야만 원활한 통치가 가능해진다는 건국시조들의 치밀한 의도가 미국헌법에 잘 반영되어 있음을 의미한다. 그러나 앞에서 지적했듯이 연방정부와 주정부 간 주권분립을 둘러싼 분란의 소지가 헌법 자체로는 종식되지 않기 때문에 6조 2절의 최고성 구절(supremacy clause)을 통해 연방사법부의 사법심사권의 길을 열어놓고 있다. 이는 미국헌법, 연방법 및 외국과의 조약이 미국의 최고 법령이므로 주 헌법과 주법은 이를 위배할 수 없음을 의미한다. 따라서 최고성 구절은 연방대법원이 연방정부와 주정부 간 분쟁이 발생하는 경우 심판의 역할을 수행해야 한다는 헌법적 근거를 제시한다.

특이한 점은 연방주의 원칙을 근간으로 통치하는 경우에 발생하는 독특한 문제로서 연방정부와 주정부 간 관계에 관한 수직적 주권분립은 이론적으로나 정책적으로 많은 관심의 대상이 되는 반면에 수평적으로 주 정부들이 제각기 뿔뿔이 흩어지는 것을 방지하는 주 간 관계를 규정해야 할 필요에 대해서는 그다지 논의가 되지 않는다는 사실이다.⁷⁾ 그러나 부

American Federalism, A Documentary History (Westport: Greenwood Press, 1999)를 참조하기 바란다.

7) 보다 상세한 논의로 Zimmerman, Joseph. *Interstate Relations: The Neglected Dimension of Federalism* (Westport: Praeger, 1996)과 Derthick, Martha. "The paradox of the middle tier," in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007)를 참조하기 바란다.

인할 수 없는 엄연한 사실은 연맹체제에서 연방체제로 전환을 꾀했던 건국 시조들은 헌법 4조를 통해 국가 단합을 장려하여 주정부에게 독립주 권국가로서보다 단일국가의 구성원으로서 역할을 수행할 것을 기대했다는 점이다.⁸⁾ 이는 근본적으로 연방정부의 권한 강화 자체를 위해 긴요했지만 주 간 분쟁이 발생할 경우 연방정부가 개입해 문제를 해결하는 방법 이외에 주 간 협약을 통해 자체적으로 분란을 종결하고 나아가 그러한 분쟁이 발생하기 이전에 방지하기 위해서도 절실했다.

본 논문은 이와 같이 제도적으로 권력을 분산시켜 권력을 공유하는 통치를 지향한 미국의 연방주의를 주권분립의 수직적 측면과 수평적 측면에서 모두 살펴봄으로써 책임분산을 구체적으로 언급하지 않으면서도 안정된 다층적 거버넌스를 구현하는 운용의 묘(妙)에 대해 되새겨보고자 한다.

II. 수직적 주권분립: 헌법적 근거와 실상

수직적 주권분립은 앞서 언급했듯이 연방정부와 주정부 간 독자적 권한이 위임되어 있는 관계를 가리킨다. 그러나 연방정부에게 위임된 권한과 달리 주정부에게만 위임된 보존권한은 앞서 언급했듯이 열거되어 있지 않고 수정헌법 10조에서 제시하는 지침, 즉 연방정부에 위임되지 않으면서도 주정부에 금지되지 않은 잔여권한으로 규정되어 있다. 게다가 헌법은 연방정부와 주정부에게 동시권한을 위임하고 있기 때문에 연방정부와 주정부 간 관계는 필연적으로 시대적 요구에 따라 변화하게 된다. 단지 헌법은 연방정부와 주정부에게 금지된 권한을 명기함으로써 국민국가의 근간을 흔들 여지가 큰 분쟁을 미연에 방지하는데 그치고 있다. 따라

8) 상세한 논의는 Diamond, Martin. "What the Framers meant by federalism," in O'Toole, Laurence, ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007)를 Hamilton, Alexander, James Madison, and John Jay. *Federalist Papers*, edited and with an Introduction by Gary Wills, (New York: Bantam Books, 1787-1788/1982)의 No. 39와 대조해 참조하기 바란다.

서 헌법 1조 9절에서는 연방정부의 권한을 제한하는 부인권한을, 1조 10절에서는 주정부에게 외국이나 다른 주정부들과 연관된 사안에 간여할 수 있는 권한을 금지하는 부인권한을 명기하고 있다.⁹⁾ 또한 연방정부와 마찬가지로 주정부의 권한도 제한하여 연방정부와 주정부 간 주권분립을 공고하게 하려는 취지에서 수정헌법 1조부터 10조에 이르는 권리장전 이외에도 13조, 14조, 15조, 19조, 24조와 26조에 부분적으로 주정부에게 금지된 권한들이 명기되어 있다. <표 1>은 주권분립을 제도화한 연방국가로서 미국의 정부체계를 보여주고 있다.

이렇듯 미국헌법이 연방주의 원칙을 근간으로 주권분립을 표명하고 있음에도 불구하고 동시에 동시권한(concurrent powers)을 연방정부와 주정부에게 위임함으로써 오히려 주권 간 분쟁소지를 더해놓은 점은 흥미롭다. 특히 재정권한에 해당하는 조세징수 및 차관유치, 그리고 일반복지지출권한을 수행할 수 있는 길을 연방정부와 주정부에게 동시에 열어놓고 있다.¹⁰⁾ 나아가 법령을 제정하고 집행하는 권한과 사법부체계를 수립하고 운영하는 권한을 동시에 연방정부와 주정부에게 부여하고 있다.¹¹⁾ 이는 역사적으로 강력한 연방정부를 주장한 연방파와 강력한 연방정부에 대해 우려하는 반연방파들 간 새로운 헌정체제의 인준을 위해 정치적 타협을 맺은 산물이다. 그 결과 주권분립은 연방정부와 주정부 간 중양집중

9) 이렇게 특정권한을 금지한 배경에는 역사적으로 독립전쟁 직후 수립했던 연맹체제가 효율적인 통치에 치명적 취약점을 드러내자 이를 극복하려고 개헌을 통해 연방정부의 강화를 도모해야했기 때문에 연방정부와 주정부 간 이해충돌의 여지를 줄일 필요성이 절실했음을 입증한다. 보다 상세한 논의는 Scheiber, Harry. "The condition of American federalism: An historian's view," in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007)를 참조하기 바란다.

10) 보다 상세한 재정 연방주의에 관한 논의는 Rodden, Jonathan. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)와 Yi, Okyeon. "Institutional and Political Dimensions of Fiscal Federalism in the Multilevel Government, the U.S. Case," 『세계지역연구논총』 제25 권 2호, (2007)을 참조하기 바란다.

11) 소송을 통한 수직적 관계조정은 Waltenburg, Eric and Bill Swinford. *Litigating Federalism: The States Before the U.S. Supreme Court* (New York: Greenwood Press, 1999)에서 보다 상세하게 참조하기 바란다.

<표 1> 연방정부와 주정부 간 주권분립

	연방정부	주정부
독 자 권 한	1) 명시권한 - 대외 및 주간 통상 규제 - 화폐주조 - 육군 및 해군 설립/유지 - 조약 체결/인준 - 우편제도 설립/유지 2) 암시권한 - 명시권한 수행을 위해 '필요하고 적절함' 경우 권한 행사 3) 내재권한 - 미국대표정부로서 권한 행사 (예. 이민 규제)	보존권한 - 주내 통상 규제 - 지방정부체계 수립/유지 - 연방선거 관리 - 공공 의료, 복지, 규범 보호 (예. 공립학교체제 수립/유지)
부 인 권 한	- 주 수출품에 대한 관세징수 - 주 의회 동의 없이 주 영토 경계선 변경 - 정부관리에 대한 종교 통관시험 부과 - 권리장전과 상충하는 법령 제정	- 대외교역에 관한 관세징수 - 화폐주조 - 외국과의 조약 체결 - 계약 이행 방해 - 연방의회 동의 없이 주간 협약 체결 - 권리장전과 상충하는 법령 제정
동 시 권 한	- 조세 징수 - 차관 - 일반복지 지출 - 은행 설립 - 사법부 수립 - 법령 제정 및 집행	

화와 탈중앙화의 압력을 자신에게 유리하도록 균형점을 끌어내려는 끊임 없는 탐색전의 양상으로 드러난다. 결국 제도적으로 책임소재지가 분산되어 있으면서도 권력을 공유하는(separated institutions sharing power) 통치체제는 비록 헌법에 그러한 원칙이 명기되어 있더라도 그에 대한 연방 대법원의 사법심사권이 정치적으로는 설득력을, 법적으로는 구속력을 지녀야함을 의미한다. 따라서 효율적인 연방대법원의 중재역할은 연방주의

가 성공적으로 유지되는 비결의 열쇠를 제공할 수 있으며 바로 그러한 연유로 연방주의를 실현하는 과정에서 적절한 책임소재지 분산에 대한 판단도 시대적으로 변하고 있음에 유의해야 한다.¹²⁾

역사적으로 보면 1조 8절 18항에서 연방정부에게 위임된 암시권한과 이에 대한 연방사법부의 우호적 유권해석에 의해 연방정부의 권한이 확대되었던 시절도 있었으나 연방주의 원칙에 대한 유권해석이 반드시 연방정부의 권한확대에 기여한 것은 아니다.¹³⁾ 오히려 연방사법부의 구성이나 당시 여론의 변화에 따라 반복되는 경우도 드물지 않다. 그럼에도 불구하고 연방정부의 권한확대로 이어지는 전반적인 추세 자체를 되돌려놓지 못한 것도 사실이다.¹⁴⁾ 이는 명기권한인 1조 8절 1항의 재정권한, 1조 8절 3항의 통상 규제권한, 그리고 1조 8절 10항부터 16항에 걸친 전쟁권한의 헌법적 근거에 기인한다.¹⁵⁾ 주목할 점은 연방정부의 권한확대가 중

- 12) 따라서 이렇게 연방주의에 대한 최종 유권해석을 내려주는 연방대법원의 판결은 연방정부와 주정부 간 주권분립에 관해 가장 결정적인 영향력을 발휘하여 연방정부와 주정부 간 균형점 설정뿐 아니라 궁극적으로 공공정책의 향방설정에도 지대한 파급효과를 불러 일으킨다.
- 13) 이러한 사례들은 건국 당시부터 발견할 수 있다. 헌법은 영토확장 권한에 대해 명확하게 표기하고 있지 않음에도 불구하고 제퍼슨 대통령은 대통령의 내재권한을 근거로 프랑스로부터 루이지애나 영토를 구입하였다. 이는 후대에 선톨로 남아 연방정부가 알래스카, 하와이 등 주와 프에르토 리코, 괌 등 영토를 합병하는데 기여했다. 국가 위기 시에 특히 대통령의 권한 확대가 자주 목격되는데 남북전쟁 당시 링컨 대통령의 군대 증원에 대한 연방의회의 사후 승인이나 루즈벨트 대통령의 경제공황 타개를 위한 뉴딜 입법안, 또는 연방의회의 통상규제 권한에 근거해 지지한 존슨 대통령의 민권법 등 연방의회의 사후 승인, 공조 또는 그렇지 않더라도 최소한 묵인 등을 통해 결과적으로 연방정부의 권한이 확대되었다. 그러나 트루만 대통령이 한국전쟁 수행을 위해 대통령의 내재권한을 발동해 철강회사를 국유화하는 조치를 내린데 반발해 연방의회가 위헌성을 제소하자 연방사법부가 대통령의 월권이라는 판결을 내린 *Youngstown Sheet and Tube Company v. Sawyer* (1952)도 있다. 결국 연방정부의 권한 확대는 연방의회와 연방행정부 간 암묵적인 타협이 존재해야 최소한 성립할 수 있으며 궁극적으로는 이러한 권한확대에 대해 연방사법부가 위헌요소를 입증하지 못한다는 결정을 내릴 때 비로소 가능하다.
- 14) Zimmerman, Joseph. *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power* (Westport: Praeger, 1992), p. 190. "...만약 미국 연방헌법제정자들이 환생해서 자신들이 1789년에 설립한 연방 체제에 비취 1990년대를 평가하게 된다면 연방의회의 권력 집중에 경악할 것이다..."
- 15) 1789년 필라델피아에서 헌정회의가 소집되었을 당시 미국은 농업중심 국가였으나 백여년이 흐른 18세기말에는 남북전쟁 이후 가속화된 산업혁명의 여파로 제조업중심 국가로 변신했다. 그 후 양 세계대전과 각종 대외전쟁을 치르면서 미국은 서비스와 정보산업중

종 연방의회뿐 아니라 연방행정부 특히 대통령의 역할변화 및 역할증대와 더불어 가능했으나 만약 연방정부 내 입법부와 행정부 간 권한소재지를 둘러싼 마찰이 불거지며 타협이 이뤄지지 않는 경우 연방사법부는 헌법적 근거가 불충분하다고 판단하면 중재를 거부함으로써 정국경색을 타결한 사례를 간혹 목격하게 된다는 사실이다.¹⁶⁾

<표 2> 연방주의에 중대한 영향을 끼친 연방대법원 판결

대법원	소송	판결내용
Marshall Court (1801-1835)	Fletcher v. Peck (1810)	연방사법부의 사법심사권이 주 법령에도 적용된다고 판결 → 연방법에만 적용된 사법심사권의 확대적용
	Martin v. Hunter's Lessee (1816)	민사사건에 대한 주사법부 판결을 연방사법부에 항소할 수 있다고 판결 → 연방사법부의 민사사건에 대한 항소/상고재판권을 확인
	McCulloch v. Maryland (1819)	연방의회의 암시권한이 합헌이라고 판결 → 유연성구절에 대해 Jefferson이 제시한 'necessary and proper = indispensable'보다 확대해석
	Cohens v. Virginia (1821)	형사사건에 대한 주사법부 판결도 연방사법부에 항소할 수 있다고 판결 → 연방사법부의 형사사건에 대한 항소/상고재판권을 확인
	Gibbons v. Ogden (1824)	연방의회의 주간 통상규제 권한이 모든 경제활동에 적용된다고 판결 → 연방정부의 권한확대에 기여
Taney Court (1836-1864)	Dred Scott v. Sanford (1857)	노예제를 인정하는 주 권한에 대해 연방의회가 개입하는 것을 금지하는 보존권한이 주에 주어져 있다고 판결 → 이중연방주의의 시초; 후에 수정헌법 13조에 의해 노예제를 폐지

심 국가로 탈바꿈하고 있다. 결국 미국의 대표정부인 연방정부에게 이러한 경제, 사회, 정치적 변혁은 그에 상응하는 역할변화와 역할증대는 일면 필연적이라고 볼 수 있다.

16) 이는 특히 금융통화나 조세를 둘러싼 정책결정권에 대해 연방정부와 주정부 간 갈등이 불거졌을 때 드러났다. 보다 상세한 논의는 이옥연A, 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」 『미국학』 29 (2006), pp. 188-190을 참조하기 바란다.

대법원	소송	판결내용
White Court (1910-1921)	Hammer v. Dagenhart (1918)	연방의회가 미성년노동에 의한 제품의 주간 통상을 금지함으로써 미성년노동을 간접적으로 규제할 수 없다고 판결 → 이중연방주의의 연장선; 후에 Hughes 대법원장이 번복
<u>Hughes Court</u> (1930-1941)	National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp. (1937)	주간 통상에 영향을 미치는 주내 통상도 연방 의회가 규제할 수 있다고 판결 → 이중연방주의에 대한 초기 지지를 철회
<u>Stone Court</u> (1941-1946)	Wickard v. Filburn (1942)	미미한 경제활동이라도 축적되면 주간 통상에 영향을 끼칠 수 있다고 판결 → 뉴딜 법령의 하나인 농업 조정법이 합헌이라고 해석
<u>Warren Court</u> (1953-1969)	Heart of Atlanta Motel v. U.S. (1964)	공공시설의 서비스 제공 거부는 흑인들의 주간 왕래 의지를 줄인다는 증거에 근거해 공공 시설의 인종차별 금지가 연방의회의 주간 통상규제 권한에 해당한다고 판결 → 민권법이 합헌이라고 해석
<u>Burger Court</u> (1969-1986)	Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority (1985)	정부 간 면책 여부를 결정할 때 전통-비전통 기준을 일률적으로 적용하기보다 정치적 과정에 의존해 결정하라고 판결 → 공정노동기준법을 주정부에 적용하면 수정헌법 10조를 위배하므로 위헌이라고 판결한 National League of Cities v. Usery (1976)를 번복
Rehnquist Court (1986-2005)	New York v. U.S. (1992)	연방의회는 주에게 연방교부금에 대한 조건이나 규제를 강요할 수 있으나 단순히 주를 상대로 명령을 내릴 수 없다고 판결 → 공공정책의 주권분립을 근거로 연방정부의 월권행위를 제한
	U.S. v. Lopez (1995)	주간 통상 규제권한을 근거로 학교 근처 총기소지를 인한 지역경제의 타격을 이유로 공립 학교의 1,000 피트 반경 내 총기소지 및 유입을 금한 연방법을 위헌이라고 판결 → 의회의 통상 규제 권한 제한
	Seminole Indian Tribe v. Florida (1996)	인디언 부족이 연방사법부에 주를 상대로 소송할 수 있게 한 연방법을 위헌이라고 판결 → 주 주권 면책(state sovereign immunity)은 주를 상대로 하는 소송이 주의 승낙을 필요로 한다는 의미라고 해석

대법원	소송	판결내용
Rehnquist Court (1986-2005)	Printz v. U.S.; Mack v. U.S. (1997)	총기구입 시 자격요건을 확인하는 절차를 의무화한 연방법(소위 브래디 법)을 위헌이라고 판결 → Brady법을 수정헌법 10조이 명기한 주 권한을 위배한 비지원 위탁(unfunded mandate)이라고 해석
	City of Boerne v. Flores (1999)	도시 구역 획정(zoning)을 규제한 연방법을 위헌이라고 판결 → 수정헌법 14조에 의거해 의료 및 복지정책 프로그램은 민권에 대한 '구제'에 한정될 뿐 민권 확대를 목표로 하지 않는다고 해석
	Alden v. Maine (1999)	초과근무 임금을 요구하는 근로자가 주를 상대로 소송할 수 있게 한 연방법을 위헌이라고 판결 → 주는 연방법에 의거해 주 거주 근로자들이 제기하는 소송으로부터 면제된다고 해석
	Jones v. U.S. (2000)	주택 소유자의 자택이 주 간 또는 외국과의 통상에 사용되거나 또는 이와 연관된 목적으로 사용되는 경우 의도적으로 자산에 폐해를 가하는 행위를 연방법에 저촉되는 범죄로 규정하는 연방법을 위헌이라고 판결 → 자택이 상업적 목적으로 사용되지 않았다면 연방법에 의거해 소송을 제기할 수 없다고 해석
	U.S. v. Morrison (2000)	1996년 인디언 부족 관련 판결의 연장선으로 여성이 연방사법부에 주를 제소할 수 있게 한 연방법을 위헌이라고 판결 → 연방법의 집행을 목적으로 개인이 제기한 소송으로부터 주는 면제된다고 해석
	University of Alabama v. Garrett (2001)	1990년 장애인법에 의거해 주를 연방사법부에 제소할 수 없다고 판결 → 주는 연방법에 의거해 장애인들이 제기하는 소송으로부터 면제된다고 해석

<표 2>는 1789년 연방사법부 법령에 의해 연방사법부가 수립된 이후 연방주의 원칙에 대해 결정적 영향력을 끼친 대표적인 연방대법원 판결을 시대별로 정리하고 있다. 밀줄 친 대법원장 시대에는 대체적으로 연방정부의 권한증대에 호의적인 판결이 내려졌고 그 외 대법원장 시대에는

일반적으로 주정부의 보존권한을 강조하는 판결이 내려졌다.¹⁷⁾ 앞서 언급했듯이 헌법에는 구체적으로 연방대법원에게 사법심사권이 명기되어 있지 않다. 다만 연방주의파였던 존 마셜 대법원장 시대에 내린 *Marbury v. Madison* (1803) 판결과 *Fletcher v. Peck* 판결(1810)을 통해 연방법과 주법 모두에 대한 연방대법원의 사법심사권을 강화하면서 부수적으로 연방정부와 주정부 간 관계에서 연방정부의 우위도 강조했을 따름이다.¹⁸⁾ 따라서 마셜 대법원장이 <표 2>에서 상술한 *McCulloch v. Maryland* (1819) 판결에서 주정부가 연방정부의 주권을 침해할 수 없다는 무효화 원칙에 철퇴를 가하는 유권해석을 내렸음에도 불구하고 주권분립을 둘러싼 분쟁을 종식시킬 수 없었다. 결국 연방주의파들이 주정부의 권한을 회복하려는 정치인들에게 밀려나면서 후임 대법원장들은 <표 2>에서 볼 수 있듯이 주정부의 보존권한을 강조하는 이중연방주의를 내세워 주권분립에 대한 유권해석의 대변동이 뒤따랐다.

연방헌법은 연방의회에게 주정부의 통제를 벗어나 독자적인 권력기관으로 정착할 수 있는 기반을 제공하여 연방정부가 전국적으로 실질적인 통치를 수행할 수 있도록 연방주의 원칙을 제도화했다. 그러나 이러한 연방의회의 권력 강화는 권력비대로 인한 부정적 효과를 방지할 기제가 필요하다는 우려도 동시에 자아냈다. 그 결과 연방헌법의 비준 직후 헌법차원의 보호 장치로서 권리장전의 일부로 수정헌법 제10조가 채택되어 잔여권한이 주정부에게 귀속된 결과 연방정부와 주정부에게 동시권한이 주어지는 헌법적 근거가 마련되었다. 결국 새로운 강력한 중앙정부의 등장은 오히려 이중주권의 논리를 강화시켰고 연방정부와 주정부 간 관계는 계속적으로 긴장 속에서 유지될 수밖에 없었다. 실제로 남북전쟁 이전까

17) 앞서 지적했듯이 대법원의 구성이나 여론의 변화 등은 연방정부와 주정부 간 관계를 표명하는 헌법에 대한 유권해석에 영향을 준다. 다만 여기서 강조하고자 하는 점은 동일한 헌법분향일지라도 전혀 다른 헌법적 논리에 의해 선택을 반복하는 판결이 가능하며 이러한 막강한 권한이 사법심사권으로 연방대법원에게 위임되어 있다는 사실이다.

18) 무효화원칙을 둘러싼 역사적 일화는 이옥연A, 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」, 『미국학』 29 (2006), p. 172, 각주 19를 참조하기 바란다.

지 이중주권 원칙을 둘러싼 끊임없는 논란에서 대부분 주는 심지어 주의 주권이 완전하므로 주나 주의 거주민의 자유를 침해한다고 판단되는 연방법을 주가 무효화시킬 수 있다고 주장했다.¹⁹⁾ 비록 남북전쟁에서 이중 연방주의를 옹호하는 남부 주들이 패배하였지만 20세기 초반 경제공황으로 인한 국가위기에 직면하기 이전까지 연방대법원은 대체적으로 주 주권을 강조하는 판결을 내렸다. 그 이후 대공황과 민권운동을 거치며 역사의 추는 연방정부에게 유리하게 움직였으나 1980년 중반이후 다시 주정부에게 무게중심이 돌아가고 있는 역사적 사실은 연방주의 원칙에 대한 유권해석이 유동적임을 입증해주고 있다.

사법심사권은 <표 2>에서 상술한 *Dred Scott v. Sanford* (1857) 이후에도 *Lochner v. New York* (1905)²⁰⁾ 및 *Schechter Poultry Corp. v. US* (1935)²¹⁾ 등의 판결로 인해 폐기론이 부상하며 헌법적 위기를 맞았다. 또한 1920~30년대와 특히 1960년대 이후 연방대법원이 사법심사권을 발휘해 위헌이라는 이유로 번복한 연방법이나 주법이 증가했다.²²⁾ 흥미롭게도 이러

19) 1828년 대선에서 석연치 않은 승리를 거둔 후 정치적 자금이 부족한 잭슨대통령은 연방 정부와 주정부 간 관계설정에서 적극적인 수 없었던 반면 훗날 대법원장을 역임한 칼훈 부통령은 주 정부권한의 우위를 강력하게 주장했다. 결국 연방주의 원칙에 대한 해석은 유혈충돌로 이어졌고 남북전쟁에서 남부 주들이 패배함으로써 무효화 원칙은 더 이상 공식적으로 수용되지 않음에도 불구하고 해석을 둘러싼 분쟁이 그치지지는 않았다. 이와 연 관해서 Burke, Thomas. "In defense of state sovereignty," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and American Federalism, A Documentary History* (Westport: Greenwood Press, 1999)를 참조하기 바란다.

20) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). 수정헌법 14조의 정당한 과정구절(due process clause)에 자유계약권(right to free contract)이 내재되어 있다는 연방대법원의 판결이다. 제과업자의 건강보호를 목적으로 주당 노동시간을 제한한 뉴욕주법이 개인의 계약 권한과 자유를 비이성적이고 불필요하고 임의로 침해했다고 위헌으로 판정했다. 결과적으로 사법부가 보편적인 헌법해석에 의존하는 대신 개인의 권한보다 재산권을 우선시하는 이념성향에 의해 판결을 내렸다는 비판을 받았다.

21) *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). 양계업을 규제하는 1933년 National Industry Recovery Act가 위헌이라는 판결로서 정부의 경제규제에 반발하는 당시 연방대법원의 정치성향을 반영했다. 행정부가 "정당한 경쟁수칙(code of fair competition)"을 규정한다면 이는 입법부와 행정부 간 권한분산에 위배된다고 판정하고 있다. 또한 연방회의의 통상권한에 대한 좁은 해석을 내려 이에 반발한 T. 루즈벨트 대통령은 연방대법관의 증원을 통해 뉴딜정책의 추진을 도모했으나 결국 실패했다.

22) 구체적인 시대적 변천은 이옥연A. 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」 『미국학』 29

한 유권해석의 극적인 변동에도 불구하고 연방대법원의 권위는 지속적으로 미국 연방주의의 수호자로서 인정되고 있다. 이는 연방대법원의 수직적 관계에 대한 유권해석이 시대에 따라 때로는 급격하게 반전하는데도 불구하고 사법부가 권한남용을 자제하므로 그 중재역할이 일관성 있게 존중되기 때문이다. 즉 엄격한 사법심사권 발동 기준을 설정함으로써 사법심사권과 그 정책적 파급효과에 대한 도전이 끊이지 않음에도 불구하고 법적 구속력과 정치적 설득력을 지속시킬 수 있기 때문이다. 이는 소송사건이 전적으로 정치적 분쟁의 성격을 띠는 경우에는 연방사법부가 그에 대한 사법심사 자체를 유보하고 당사자 간 정치적 타협을 통한 해결을 촉구함으로써 연방사법부의 독립성과 권위를 다지고 있기 때문에 가능하다. 또한 이러한 연유로 연방사법부의 판결이 공공정책을 구상하고 집행하는 데 필수적인 기본 지침의 설정에 중대한 영향을 끼칠 수 있는 근거가 되고 있다.

III. 권력균형점 논의: 수직적 관계와 수평적 관계

연방주의 원칙에서 수직적 균형점에 대한 논의는 궁극적으로 연방정부와 주정부 간 적정한 수준의 주권분립을 목표로 한다. 앞서 <표 1>에서 살펴보았듯이 헌법은 연방정부와 주정부에게 각기 위임한 권한, 금지된 권한과 공유하는 권한을 나열하고 있다. 그럼에도 불구하고 시대에 따라 연방정부나 주정부는 역할이나 규모면에서 모두 변화했고 그에 상응하는 법령, 사법부 판결이나 정책집행 등을 통해 책무가 더해졌다. 결국 이러한 변화는 연방정부와 주정부 간 관계에 변동을 가져와 수직적 관계에 있어서 권력균형점이 변화할 수밖에 없었다. 그러나 변함없는 사실은 연방정부와 주정부 간 적절한 권력균형점을 둘러싸고 주 권한주의와 국가 권한주의 간 팽팽한 대립은 건국당시부터 현재까지 계속된다는 점이다.²³⁾

(2006), p. 191, 각주 53을 참조하기 바란다.

23) 보다 상세한 논의는 Epstein, David E. *The Political Theory of the Federalist* (Chicago: the

원론적으로 주 권한주의자들은 주정부와 지방정부가 사회, 경제, 정치 등 제반 문제들을 다뤄야한다고 주장하는 반면 국가 권한주의자들은 인민을 위해 이 모든 문제들을 해결하는데 연방정부가 보다 효과적으로 대처할 수 있다고 주장하고 있다.

그렇다면 연방정부와 주정부 간 적절한 권력균형점은 어떻게 얻어지는가. 이는 연방주의를 제도화하려던 건국 당시로 거슬러 올라가야 정확하게 이해할 수 있다.²⁴⁾ 실제로 연방주의자인 제퍼슨도 ‘항구적 연방’을 거부하는 연맹헌법을 고수하자는 반연방주의자들의 반론에 부분적으로 동조하며 국가 권한보다 주 권한의 중요성을 강조했다. 특히 민중봉기를 주장하는 사람들에게 충기소지는 자연권에 해당하니 제퍼슨은 미국 민주주의의 목표인 자유 극대화 보장을 제도화함과 동시에 그 근간을 흔들어 놓을 수 있는 길도 합법적으로 열어놓았다고 볼 수 있다.²⁵⁾ 따라서 미국

University of Chicago Press, 1984)를 참조하기 바란다. 또한 이러한 수직적 관계에 대한 상치된 논박은 비단 미국에만 한정된 것도 아니다. 비교사태국가로 독일과 미국을 대조한 Halberstam, Daniel and Roderick Hills, Jr. “State autonomy in Germany and the United States,” in O’Toole, Laurence, ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007)를 참조하기 바란다.

24) 수직적 권력균형점에 대한 논의에서 대조되는 절대 국가주권(absolute state sovereignty)과 공유 연방주권(shared federative sovereignty)의 개념적 비교는 이옥연C. 「연방제도 정립과정 비교: 안정된 연방국가 7개국의 다층구조 거버넌스 구축을 중심으로」 『한국과 국제정치』 제23권 4호, (2007)를 참조하기 바란다.

25) 제퍼슨은 건국시조의 한 사람이며 미국 대통령을 역임했지만 개인적 행적으로 인해 인종 차별주의자 또는 주 권한주의를 지지한 민중봉기에 찬론자라는 평가도 받는 인물이다. 제퍼슨의 명성은 1995년 오를라호마 참사의 장본인으로 후에 처형된 맥베이(Timothy McVeigh)가 체포될 당시 입고 있던 티셔츠 뒷면에 새겨진 인용구를 통해 다시 한 번 미국을 흔들었다. 문제의 인용구는 세계개혁을 주장한 농민반란이었던 Shay’s Rebellion으로 인해 무력한 연맹체제에 대한 비판이 쏟아지면서 연방체제로의 전환에 대한 요구가 높아지던 당시 대다수 연방주의파 동료들 주장에 반발하며 내놓은 제퍼슨의 반론 중 밑줄 친 마지막 두 번째 문장이었다.

A little rebellion now and then is a good thing. ...God forbid we should ever be twenty years without such a rebellion. The people cannot be all, and always, well informed. The part which is wrong will be discontented, in proportion to the importance of the facts they misconceive. If they remain quiet under such misconceptions, it is lethargy, the forerunner of death to the public liberty. ...And what country can preserve its liberties, if its rulers are not warned from time to time, that this people preserve the spirit of resistance? Let them take arms. The remedy is to set them right as to the facts, pardon and pacify them. What signify a few lives lost in a century or two? The tree

의 연방주의를 둘러싼 논의에서 두 가지의 상반된 주장을 접하며 연방주의가 초래할 수 있는 위험은 권력이 과도하게 중앙에 집중되거나 아니면 권력이 과도하게 탈중앙화되어 분산되는 경향에 있다고 결론지을 수 있다. 이렇게 상반된 연방주의의 구현상은 미국의 연방주의가 제도화되는 과정에서 어렵지 않게 목격할 수 있다. 구체적으로 주 권한주의와 국가 권한주의의 관점차이가 구체적으로 무엇인지 <표 3>에서 살펴볼 수 있다.

<표 3> 주 권한주의와 국가 권한주의 비교

	주 권한주의	국가 권한주의
연방정부 수립의 주체	주정부가 제한된 권한을 이양하여 연방정부를 창출함	인민이 주정부와 연방정부를 창출함
연방정부와 주정부 간 관계	연방정부는 주정부를 대체하기보다 주정부를 위해 운영됨	연방정부는 주정부에게 종속되어 있지 않음
인민대표성	주정부는 인민에게 보다 근접해 있을 뿐 아니라 인민의 요구와 필요를 보다 잘 이해함	연방정부는 특정 주에 거주하는 인민이 아니라 국가 내 거주하는 모든 인민을 대표함
헌법적 근거	수정헌법 10조의 잔여권한	헌법 1조 8절 18항의 유연성구절
사법심사권	헌법에 대한 엄격하고 좁은 유권해석 지지 → 사법 자체주의	헌법에 대한 유연하고 폭넓은 유권해석 지지 → 사법 행동주의

앞서 지적했듯이 관세와 노예제 문제가 기폭제로 작용해 결국 주 권한주의자들과 국가 권한주의자들은 남북전쟁이라는 엄청난 대가를 치렀다. 오늘날에도 주 권한주의자들은 학교운영지출의 관할권이 주정부에게 귀속되어 있다고 주장하는 반면에 국가 권한주의자들은 교육을 목표로 학교에 전달하는 연방교부금을 연방정부가 마땅히 통제해야 한다고 주장하며 맞서고 있다. 전반적으로 경제공황이나 민권운동 등 대규모의 변혁이 미국사회 전반에 도래하면서 주정부에 귀속되었던 권한 중 실업이나 복지 등 주요 권한에 대해 연방정부가 역할수행을 선언하면서 연방정부의

of liberty must be refreshed from time to time, with the blood of patriots and tyrants. It is its natural manure.

권한영역을 확대했다.²⁶⁾ 또한 연방사법부도 연방정부의 권한확대에 대해 우호적 판결을 내림으로써 향후 공공정책 구상과 집행에 결정적 영향을 끼쳤다. 그러나 1990년대 중반이후부터 이러한 진보적 성향의 사법 행동주의에 제동을 걸며 지나치게 비대해진 연방정부의 권한을 원상복구하기 위해 주정부의 권한을 강조하려는 보수적 성향의 사법 행동주의가 팽배해지고 있다.²⁷⁾ 이러한 방향선회는 1960년대 이후 연방대법원이 수정헌법 14조에 근거해 연방정부의 권한확대에 공조한 결과 인민의 자유를 잠식한 사법 행동주의에 대한 도전이라고 볼 수 있다. 또한 이는 연방정부가 주도하는 연방정부와 주정부 간 관계에 비선출직으로 구성된 사법부가 나서서 거버넌스의 방향을 제시하는 결정적인 역할을 하는 강압적 연방주의에 대한 경종이기도 하다. 이렇게 시대가 달라지면서 연방주의 원칙에 대한 정의와 그에 따른 연방정부와 주정부 간 권력균형점에 대한 시각이 변할 뿐 아니라 실질적으로도 남북전쟁 이후에는 미국 연방주의가 구현되는 실상에서 변화가 나타나고 있다.²⁸⁾

이처럼 연방주의 원칙을 근간으로 하는 통치체제의 주요 해결과제로서 적절한 연방정부와 주정부 간 수직적 주권분립은 상대적으로 많은 관심의 대상이 되어 왔다. 그와 대조적으로 연방을 구성하는 주정부들이 제각기 따로 운용되는 것을 방지하는 주 간 관계를 규정한 수평적 관계에 대해서는 그다지 논의가 되고 있지 않다. 헌법 4조는 주정부 간 법령, 채무 계약, 사법 처벌 등을 상호간 준수해야 한다고 강제하고 있다. 이러한 조

26) Nagel, Robert. *The Implosion of American Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 16. 따라서 저자는 명확하게 규정된, 제한된(defined and limited) 정부 개념의 허상을 꼬집고 있다.

27) Barnett, Randy. *Restoring the Lost Constitution: the Presumption of Liberty* (Princeton: Princeton University Press, 2004), p. 131. 특히 저자는 사법심사권의 광의해석에 대한 경종을 울리고 있다.

28) 집권정당의 이념성향에 따라 수직적 관계가 때로는 중앙에게 때로는 비중앙에게 치중하며 이러한 '추시계' 작용은 수직적 관계에 대한 대법원의 헌법적 해석의 주기적 변동과 더불어 수직적 주권분립은 많은 이론적, 정책적 관심을 모은다. 보다 상세한 내용은 이욱연 A. 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」, 『미국학』 29 (2006), pp. 173-174를 참조하기 바란다.

문은 특히 연맹체제로부터 연방체제로의 전환을 위해서 필수적이었다. 왜냐하면 주정부가 종전의 독립주권국가 지위 대신 단일국가의 구성원임을 수용해야만 국가단합이 실질적으로 가능하기 때문이다. 그러나 보다 정확하게 말하자면 수평적 관계의 정립은 주 간 분쟁이 발생할 경우 강력한 연방정부의 개입을 통한 문제 해결보다 주 간 협약을 통해 자체적으로 분란을 종결하고 나아가 그러한 분쟁이 발생하기 이전에 방지하는 헌정주의에 기반을 두는 결사체 민주주의의 구현을 의미한다. 따라서 적절한 수직적 관계의 정립을 위해서는 적절한 수평적 관계의 정립이 필요할 뿐 아니라 바람직하다.²⁹⁾

그렇다면 구체적으로 헌법 4조에서는 어떤 내용의 주 간 관계가 명기되어 있는가. 우선 헌법 4조 1절은 신의와 신용구절(Full Faith and Credit clause)로 주정부는 상호간 출생, 결혼, 채무, 유언 등을 법적으로 증명하는 각종 공문서의 합법성, 사법절차를 거친 민사소송에 대한 판결의 구속력, 그리고 민사에 연관된 주의회 법령의 강제력을 인정할 것을 요구한다.³⁰⁾ 그러나 이렇게 표면상으로 간단해 보이는 신의와 신용구절을 실질적으로 구현하기까지 상당한 애로점이 있다.³¹⁾ 만약 한 주의 법령에 대해 다른 주가 공공정책의 이유로 강력하게 반발하며 적용 예외를 주장한다면 구대여 준수할 필요는 없다는 의미로 해석된다. 문제는 궁극적으로 특정 연방법에 의거해 타주의 주법을 인정하지 않으면 모든 주에게 균등하게 적용해야 하는 연방정책프로그램의 수혜기준이 주에 따라 차등을 두

29) 그러나 주 간 관계가 반드시 협조의 형태를 취할 필요는 없다. 오히려 상호 갈등을 해소하는데 있어서 경합을 통해 이견조정을 이루어가는 과정에서 수직적 관계의 적정 균형점에 합의할 수 있기 때문이다. Stephens, Ross and Nelson Wikstrom. *American Intergovernmental Relations: A Fragmented Federal Polity* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 73. 보다 상세한 논의는 Dye, Thomas. *American Federalism: Competition Among Governments* (Lexington: Lexington Books, 1990)를 참조하기 바란다.

30) 그러나 주 형사법을 다른 주에게 준수하도록 강요할 수 없다.

31) 실례로 동성애자들 간 민사상 결합(civil union)을 허용한 1999년 버몬트 주법에 반박하며 30여 개 주가 결혼이란 한 남자와 한 여자 간 결합임을 옹호하는 소위 결혼 방어법을 제정했다. 이러한 주의 반란은 1996년에 공화당이 주도하는 연방의회가 이미 결혼 방어법을 제정하여 동성애자들 간 결합에 반대하는 주에게 면책권을 부여한 전례에 의거해 가능했다.

는 결과를 초래하게 된다는 데에 있다.³²⁾ 따라서 이러한 의문점에 대해 공신력 있는 해답이 필수불가결하며 이는 주 간 신의와 신용구절에 대한 최종 유권해석에 대한 요구에 연방대법원이 응답해야만 연관된 공공정책의 향방이 명확하게 정해진다는 목소리가 커지고 있다.

다음으로 헌법 4조 2절 1항은 우의구절(comity clause)로 한 주에 거주하는 주민이 누리는 특권과 면책권을 다른 주에 거주지를 둔 주민도 그 수준에 준하는 수혜를 받아야 한다고 규정한다. 이는 거주지가 다르다는 이유만으로 타주 주민에게 혜택제공을 거부하는 차별이 불가함을 분명하게 밝히 국가 단합을 도모하는데 주요 취지가 있다. 그러나 헌법에는 특권과 면책권이 구체적으로 어떤 권리나 자유에 해당하는지 열거되어 있지 않고 대신 사법부 판결을 통해 주 간 자유로운 여행이나 이주, 또는 자유로운 소유재산 거래 및 영업 계약 등 특정 권리들이 축적되어 왔다. 동시에 사법부는 주 거주민과 타주 주민들 간 '정당한 구별'을 지을 권리가 주정부에 있다고 인정했다.³³⁾ 또한 헌법 4조 2절 2항은 범죄자 인도(extradition)에 대한 주 간 책무를 규정한다. 이는 사회의 기본질서를 파괴한 범법자에 대해 합법적 절차를 통해 유죄 여부를 심사한 후 응당한 처벌을 받게 하기 위해 주 간 협조를 통해 사법정의를 구현하는데 목적이 있다. 물론 주 간 관계 조정에서 연방정부도 상당히 중요한 역할을 수행한다는 사실을 부인할 수 없다.³⁴⁾ 그러나 동시에 주 간 관계 조정이 주간 이견조정을 통해 상호타협안으로 귀결될 수도 있다. 이는 주정부 이하 지

32) 앞서 언급한 사례의 경우 연방법을 근거로 주에서 제정한 결혼 방어법은 결국 동성애자 커플에게는 연방정부가 지원하는 각종 복지혜택이 적용되지 않는다는 정책적 결과를 수반하는 파급효과를 낳게 되므로 이는 동성애 결혼을 합법화한 버몬트 주에서 민사상 결합을 한 주민들과 비교해 타 주의 동성애자들에게 불공평한 처사일 뿐 아니라 주 간 복지혜택의 불균형을 야기한다.

33) 예를 들어 대다수 주립대학들의 등록금은 주내 주민과 타주 주민 간 다르게 책정되어 있다. 또한 주정부의 보존권한 중 하나인 선거관리를 수행하기 위해 주정부는 선거권이냐 피선거권을 행사하기 위한 일정한 기간의 거주 조건 충족을 요구할 수 있다.

34) 따라서 중죄에 대한 기소를 회피해서 주 경계선을 벗어나서 이동하는 행위에 대해서는 연방정부가 나서서 연방범죄로 규정한 연방법을 제정했고 연방대법원은 주지사에게 연방정부의 지시를 따를 의무가 있다는 판결을 내렸다.

방정부 간 관계에도 적용된다. 다만 헌법 1조 10절은 주정부든 지방정부든 자체적 협의를 통해 산출한 협약은 의회의 동의를 필요로 한다고 규정한다.³⁵⁾ 결국 주 간 분쟁이 발생하여 한 주가 다른 주를 제소하면 연방대법원만이 문제가 되는 사안의 유일한 중재자로서 기능하게 된다.³⁶⁾

미국 연방주의에서 특이한 점은 수평적 관계를 정례화하는 주 간 관계기구들이 대부분 연방정부의 주도로 창립되었다는 점이다. 이는 연방정부가 주정부나 지방정부를 개별적으로 상대하기에 역부족이었기 때문에 집단적으로 구성원들 간 수렴한 의견을 정책에 반영하고자 주정부 및 지방정부로 구성된 단체결성을 선도했기 때문이다.³⁷⁾ 각 주정부나 지방정부도 정기적으로 회동하여 상호 협상을 벌이는 동시에 연방정부를 상대로 집단이익을 극대화할 필요성을 느끼게 되면서 이들 단체들은 공적 이익집단으로 변모했다. <표 4>는 이러한 자체적 협의를 도모하고 나아가 연방정부를 상대로 효율적인 로비활동을 벌이기 위해 조직된 주정부나 지방정부로 구성된 단체들을 보여준다.³⁸⁾ 미국의 지자체 협의기구 대다수는 비록 초기에 연방정부의 독려에 의해 창설되긴 했으나 이후 연방정부에 대한 압력단체로 발전한 ‘동원된 이익집단’으로 발전했다. 그 결과 지역/지방정부간 협의를 통해 도달한 합일점은 대체적으로 구체적 정책에 한

35) 현재까지 의회 동의를 거쳐 체결된 주간 협약은 200여개에 달하며 그 중 대다수가 주간 경제분쟁에 대한 타결안에 해당한다. 현대로 오면서 주 간 관계의 주요 관건은 수자원 사용, 수질이나 대기 환경문제, 주 횡단 수송체계 운영, 산불 방지 등 지역적 사안이 대부분이다.

36) 대표적인 최근 사례로 엘리스섬의 법적 소유권을 둘러싼 뉴욕주와 뉴저지주 간 법적분쟁에서 연방대법원이 뉴저지주에게 매립지에 대한 소유권 주장을 받아들인 1998년 판결이 있다. Yarbrough, Tinsley. *The Rehnquist Court and the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 90-92.

37) 경쟁연방주의가 아닌 행정적 협조연방주의가 주류를 이루는 호주나 캐나다와 대조적인 미국에서 이렇게 연방주도의 주 간 관계기구가 창립된 사실은 흥미롭다. 상세한 논의는 Cammisa, Anne Marie. *Governments as Interest Groups: Intergovernmental Lobbying and the Federal System* (Westport: Praeger, 1996)를 참조하기 바란다.

38) 이외에 주정부를 상대로 로비활동을 전개하는 단체들이나 특정 지역 내 구성원간 규합하여 이익대변 활동을 하는 단체도 다수 존재한다. 이들 단체는 공통적으로 워싱턴 DC에 상주기관을 설치하고 전문 로비스트를 채용하여 단체구성원들에게 보다 우호적인 공공정책을 연방정부가 채택하도록 종용한다.

정되어 있다. 따라서 이러한 로비단체들은 연방정부와 주정부 또는 지방정부 간 관계에서 정책구현을 위해 가장 적절한 정부단계를 대상으로 모두 압력을 가한다. 결과적으로 주 간 관계기구는 입법기능이 제한된 주의회에 의존하지 않는 경향을 보여준다.³⁹⁾

<표 4> 지자체 협의기구

명칭	창설연도	주요활동영역
U.S. Conference of Mayors	1932	인구 3만 명 이상 거주하는 대도시 이익대변, NLC와의 합병실패
National League of Cities (American Municipal Association)	1924	다양한 도시들의 이익 대변
National Association of Counties	1935	지나친 다양성 때문에 활동사항 부재
National Governor's Association	1908	1965년 이후 공화당과 민주당소속 주지사 간 의장직을 순차적으로 역임
Council of State Governments	1935	주정부와 연방정부 간 연락책

출처: www.usmayors.org/, www.nlc.org/, www.naco.org/, www.nga.org/, www.csg.org/
(2007. 11. 15 검색).

IV. 주권분립의 대칭성과 국가정체성

앞서 지적했듯이 주권분립을 통치의 목표로 내세운 정부체제에서 정부 간 관계는 크게 중앙과 비중앙 간 수직적 관계와 비중앙 간 수평적 관계로 나뉜다. 미국은 바로 주권분립을 표명하는 연방주의 원칙을 헌법에 명기하고 있기 때문에 수직적 관계 뿐 아니라 수평적 관계를 원활하게 유지해야 하는 부담을 지닌다. 연방주의는 정부단계를 중앙과 비중앙으로 나누어 각 정부단계에게 일정한 권한과 책임을 부여하는데, 특히 비중앙 간

39) 주 의회의 제도 및 구조적 취약점에 대해서는 Burns, James et al. *States and Local Politics: Government by the People*, 10th ed. (Upper Saddle River: Prentice Hall, 2001), p. 88을 참조하기 바란다.

공조가 제대로 이루어지지 않으면 중앙과 비중앙 간 정책 구상이나 정책 집행은 매우 어려워진다.⁴⁰⁾ 따라서 예를 들어 특정 주가 수직적 관계에서 뿐 아니라 수평적 주 간 관계에서 특수성을 주장하며 특정 공적 영역에서의 중앙과 동등한 지위를 요구한다면 이는 연방주의의 주권분립에 대한 심각한 도전을 의미한다. 앞서 주 간 관계에서 언급했듯이 주 간 상호 신뢰와 우호에 대한 협약이 지켜지지 않으면, 궁극적으로 중앙이 비중앙 구성단위체와의 관계에서 형평성을 유지하며 중앙과 비중앙 간 주권분립을 영구적으로 존속한다는 보장에 대한 신뢰를 훼손할 수 있다.⁴¹⁾

미국과 같이 연방주의 원칙을 근간으로 하는 통치체제는 규모와 자원 및 특성 면에서 상이한 주들로 구성된 정치적 공동체를 운용하는 과정에서 주 간 결합과 더불어 주의 독자적 권한 유지를 동시에 보장하는 거버넌스를 상징한다. 주목할 점은 중앙과 비중앙 간 수직적 관계는 끊임없이 적절한 균형점을 모색하는 과정에서 수직적 관계가 모든 주들에게 대칭적으로 적용되지 않을 수도 혹은 심지어 특정 주는 대칭적 적용을 거부할 수 있다는 사실이다.⁴²⁾ 문제는 특정 주가 특수성을 요구하게 되면

40) 또한 하위 정부 간 법률에서 극심한 편차가 존재한다면 이는 상위 정부가 하위 정부 간 관계를 조정한다는 명분으로 중앙의 규제 권한을 확대할 수 있는 합법적 근거를 제공하게 된다. 이러한 결과는 연방주의가 표명하는 주권분립을 손상할 수 있으므로 하위 정부 간 협약은 연방제의 유지를 위해 필수적이라 할 수 있다. 미국의 주 간 관계를 사례로 연구한 지머만은 이러한 필요성에도 불구하고 수평적 관계에 대한 연구가 심각하게 부족하다고 비판하고 있다. Zimmerman, Joseph. *Interstate Relations: The Neglected Dimension of Federalism* (Westport: Praeger, 1996).

41) 만약 중앙은 모든 주들을 총체적으로 대표하는 대변인이 아니라 특정 주(들)에 의해 좌지우지된다는 의혹을 받게 되면 수직적 관계에서 도출된 합의가 마치 특정 주(들)이 조작해 나머지 주들에게 강압적으로 강요된다고 인식되고 결과적으로 이는 나머지 주들에게 중앙을 중심으로 결집할 정당성을 부인하는 단초를 제공할 수 있다.

42) 만약 특정 주들의 관점이 바로 중앙의 관점으로 채택된다는 불신이 팽배하다면, 예를 들어 문화 정책성이 다른 주들은 중앙에서 일률적으로 적용하는 교육정책에 대해 자율성을 주장하면서 수직적 관계뿐 아니라 수평적 관계에서도 특수성을 고집하며 대칭적 정부 간 관계를 거부할 수 있다. 이 경우 다른 주들과 다른 특수한 여건에 처해 있기 때문에 다른 주들 간 협약에 의해 일률적으로 적용되는 제약으로부터 면책권을 가진다고 주장할 수 있다. 심지어 특정한 영역 또는 공공정책 분야에서는 중앙과 비등한 지위를 누리기 때문에 다른 주들이 제정한 법률이나 규칙의 적용에서 제외된다는 치외법권을 주장하기도 한다. 이는 특히 전국적으로는 수직 열세이나 특정한 지정학적 소재지에 집중적으로 거주하며 수직 우세를 차지하는 소수 집단들이 자신들만의 정체성을 유지하기 위해 필요하다

주 간 수평적 관계에 중대한 파급효과를 초래한다는 데 있다.⁴³⁾ 특히 중앙과 주 간 공통 요소가 그다지 많지 않다면 중앙과 비중앙을 결집시킬 수 있는 정당성을 결여하고 있기 때문에 주의 이탈 가능성이 높아진다. 이 경우 극단적으로는 중앙의 강압적 통제 이외의 대안이 없다는 결론에 이를 수 있다.

미국의 경우 연방과 주에게 각기 독자적 권한이 위임되어 있으면서도 연방과 주에게 헌법에서 명시하지 않은 잔여 권한을 동시에 위임하는 연방주의의 운영 원칙이 헌법에 명기되어 있다. 그렇다면 수평적 관계에서 주 간 상호 의무와 특권/면책권에 대한 합의뿐 아니라 이 합의에 대한 준수가 제대로 이루어지는지에 따라 상위 정부와 하위 정부 간 수직적 관계뿐 아니라 궁극적으로 연방제의 성패가 결정된다. 게다가 복합사회를 기반으로 하는 미국에서는 사회-경제적 요인이나 문화-이념적 요인이 사회기반의 계층화와 영토성과 중첩되어 주권분립의 비대칭성을 야기할 수 있는 잠재성이 크다. 이는 주권분립을 근간으로 하는 연방주의의 원칙을 제도화하는 과정에서 심각한 문제로 대두할 수 있다. 이러한 효과는 실질적으로 정치과정에서 대칭형이나 비대칭형에 대한 선호도로 표출되기도 한다.⁴⁴⁾ 그러나 미국은 사회기반의 계층화가 연방주의, 즉 주권분립과 직

고 판단되는 공적 영역, 예를 들어 교육이나 보육정책의 자율성을 확보하고자 할 때 중앙과의 특수한 관계를 내세우며 두드러진다.

43) 이상적인 대칭형 연방주의 원칙은 중앙의 축소판 투영(miniature reflection)인 비중앙에 대한 특수한 형태의 이익 대변이나 보호 장치를 필요로 하지 않기 때문에 원론적으로 주권분립을 기반으로 하는 연방주의 원칙 자체도 무의미하다. 반면에 완벽한 비대칭형 연방주의 원칙은 원론적으로 각 구성단위체마다 중앙과 차별되는 거버넌스를 가능하게 하는 완벽한 구획선을 상정하기 때문에 중앙을 중심으로 비중앙 구성단위체들을 결집하는 자체가 불가능하다. 결국 이 경우 연방주의 원칙을 실현하는 정치체제가 대칭형 구조에 기반을 두면 거버넌스 문제가 발생할 소지는 그리 크지 않다. 반대로 만약 비대칭형 구조에 기반을 두고 있다면 정상적인 운용을 위해서 유일한 해결책은 중앙의 강압적 획일화라는 극단적 결론에 이를 수 있다. 연방주의 원칙의 대칭형과 비대칭형에 대한 논의는 이옥연C. 「연방제도 정립과정 비교: 안정된 연방국가 7개국의 다층구조 거버넌스 구축을 중심으로」, 『한국과 국제정치』 제23권 4호, (2007)와 Tarr, Alan. "American state constitutions and minority rights," in Tarr, Alan et al. *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights* (Westport: Praeger, 2004)를 참조하기 바란다.

44) 특히 재정자립도나 정부 단계 간 정당구조와 선거결과에 의한 의회 구성의 격차 여부는 중앙과 비중앙 간 그리고 비중앙 구성단위체 간 대칭성 정도를 실질적으로 적나라하게

접적으로 연관되어 있지 않은 특이성을 지니기 때문에 주권분립의 비대칭성에 대한 위험부담이 비교적 낮다.

보다 근원적으로 주권분립의 대칭성 여부는 연방주의의 제도화 절차와 밀접하게 연관되어 있다. 연방제의 정립과정은 방식에 따라 통합(aggregation)과 분화(devolution)로 분류된다. 비록 모든 연방국가가 연방주의를 통치의 원칙으로 표명하더라도, 만약 통합을 통해 연방주의 원칙이 제도화되었다면 중앙과 비중앙 간 원심력을 조율해서 구심력이 작동할 수 있는 법제도, 정치 및 재정적 장치를 구비한다. 반면에 분화를 통해 연방주의 원칙이 제도화되었다면 구심력에 제동을 걸어 원심력을 강화시킬 수 있는 장치를 설치한다. 역사적으로 미국은 호주와 마찬가지로 통합을 통해 연방제를 창설했기 때문에 통합 이전부터 강력한 권한을 행사하던 주의 자율성을 통제하여 일부의 권한을 새롭게 정립한 중앙에게 위임하기 위해 원심력을 억제하고 구심력의 작동을 도모하는 기제가 필요했다.⁴⁵⁾ 그렇기 때문에 중앙을 중심으로 국가조직을 재구성하는 응집성, 즉 정치적으로 형성된 국가정체성에 정당성을 부여하는데 오랜 기간이 소요되었다. 또한 앞서 지적했듯이 종종 국가적 위기가 발생한 경우에만 실질적 변화가 가능하곤 했다.⁴⁶⁾

그렇다면 주권분립의 대칭성은 국가정체성에 어떤 영향을 끼치는가. 앞서 연방주의가 초래할 수 있는 위험으로 권력이 과도하게 중앙에 집중되는 경향과 권력이 과도하게 탈중앙화되어 분산되는 경향이 있다고 지적

보여준다. 상세한 논의는 이옥연A. 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」, 『미국학』 제29집, (2006)과 (Okyeon Yi). "Institutional and Political Dimensions of Fiscal Federalism in the Multilevel Government, the U.S. Case," 『세계지역연구논총』 제25권 2호, (2007)를 참조하기 바란다.

45) 연합헌장체제로부터 연방헌법체제로의 전환을 위한 헌정회의는 이러한 역사적 맥락에서 소집되었다. Madison, James. "Vices of the political system," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and American Federalism, A Documentary History* (Westport: Greenwood Press, 1999).

46) 예를 들어 남북전쟁, 경제공황, 민권운동 등의 정치, 경제, 사회적 갈등이 첨예화한 위기 상황에서 연방정부의 권한증대가 정치적 설득력을 얻으며 개헌이나 새로운 법률 제정을 용이하게 했다.

했다. 이렇게 상반된 연방주의의 구현상은 연방주의가 제도화되는 과정과 밀접하게 관련되어 있다.⁴⁷⁾ 즉 연방주의를 기반으로 하는 통치체제에는 중앙을 중심으로 결집하려는 구심력과 중앙으로부터 나오는 끌어당기는 힘을 견제하며 중앙과 일정 간격을 유지하려는 원심력의 두 가지 상반된 힘이 작용한다.⁴⁸⁾ 그러나 구심력의 증가로 인해 탈중앙화가 감소되더라도 반드시 비중앙의 자율성 상실로 이어지지 않을 수 있다.⁴⁹⁾ 결과적으로 중앙을 중심으로 결집을 독려해 국가정체성을 강조하면 주의 자율성이 반드시 저해된다는 논리에 근거해 국가정체성과 자율성 간 완전한 상호 반비례 관계를 설정하는데 주의가 필요하다. 그럼에도 불구하고 만약 국가정체성이 자율성에 상치된다고 간주할 수 있는 여지가 크다면, 이는 주권 분립의 비대칭성이 증폭되어 궁극적으로 특정 주를 자국해 중앙과의 특수한 관계를 부각시킴으로써 수직적 관계뿐 아니라 수평적 관계에서도 방어막에 집착하는 결과를 낳는다. 이는 나아가 다른 주들에게 안위에 대한 위협을 가중시켜 급기야 국가정체성에 대한 근본적인 도전요인을 제

47) 만약 통합 대상인 구성 단위체들이 통합 시점보다 이전부터 개별적으로 독립주권체로 존립하였다면, 제3의 상위 권위체에게 일부의 권한 양도를 수반하는 중앙집중화에 대한 이념적 정당화가 필수적이다. 즉 통합에 의한 연방제 구축은 한편으로 상위 정부의 권한을 명기하여 권한 남용 및 오용을 방지하고 다른 한편으로 명기되지 않은 잔여권한을 하위 정부에게 위임하여 '제3의 상위 정부=국민국가'를 구현하는데 제동을 걸 수 있는 요인들을 제어하고자 한다. 반면에 만약 강력한 중앙정부의 권한 일부를 하위 정부에게 이전하고 그에 대해 법제도적 보장하는 정치체제로 전환하였다면, 탈중앙화에 대한 이념적 정당화를 수반한다. 즉 분산에 의한 연방제 구축은 한편으로 하위 정부의 권한을 명기하여 하위 정부체계의 독자영역이 영구적으로 존속함을 보장하고 다른 한편으로 명기되지 않은 잔여권한을 상위 정부에게 위임하여 탈중앙화의 안정성을 공고하게 하고자 한다. 이옥연C, 「연방제도 정립과정 비교: 안정된 연방국가 7개국의 다층구조 거버넌스 구축을 중심으로」, 『한국과 국제정치』 23:4, (2007).

48) 통상적으로 이 두 힘은 서로 반대되는 작용을 하기 때문에 구심력의 강화, 즉 중앙집중화가 원심력의 약화, 즉 탈중앙화의 침체로 이어진다고 상정할 수 있다.

49) 게다가 이러한 중앙집중화가 반드시 중앙의 통치력 증대를 가져오지 않을 수 있다. 왜냐하면 정책결정권이 중앙에 집중되어 있을수록 효율적 통치 거버넌스를 저해하는 잠재적 문제점은 줄어들지 모르지만 동시에 정책이 급변할 수 있는 잠재력도 커지기 때문에 정책의 일관성은 오히려 감소할 수 있다. 따라서 과연 중앙집중화로 인해 중앙의 통치력이 실제로 나아졌는지에 대한 판단은 경우에 따라 달라질 수 있다. 개발도상국의 권력체계를 구성하는 모델을 통해 권력집중 패러독스(power concentration paradox)를 묘사한 McIntyre, Andrew. *The Power of Institutions: Political Architecture and Governance* (Ithaca: Cornell University Press, 2003), pp. 17-36를 참조하기 바란다.

공함으로써 정국의 불안정을 악화시킬 수 있다.⁵⁰⁾

그러나 미국에서는 사회기반의 계층화가 주권분립과 직접적으로 연관되어 있지 않기 때문에 국가정체성에 대한 논란은 대체로 문화-심리적 괴리보다 인위적인 정치 정체성 간 힘 겨루기로 나타난다. 이러한 예외적 중층구조는 정국의 불안정을 제거할 수 있는 방법으로 정치과정을 통해 협상하는 사실상 절차보다 이를 법에 호소하거나 그 판결에 대한 유권해석에 의존하는 법률적 절차에 편중된 선호도로 이어진다. 따라서 상위 정부와 하위 정부 간 혹은 하위 정부 간 법적 분쟁이 발생할 경우, 헌법에 명시된 연방주의의 원칙에 대해 유권해석을 내릴 수 있는 연방 사법권위체의 역할을 강조한다.⁵¹⁾ 그 결과 미국에서는 연방주의에 대한 최종 유권해석을 내려주는 최고 사법부의 판결이 수직적 및 수평적 주권분립에 관해 지대한 영향력을 발휘하여 수직적으로나 수평적으로 균형점 설정에도 깊숙이 간여하기 때문에 궁극적으로 공공정책의 향방설정에도 지대한 파급효과를 가져온다.⁵²⁾ 결국 권력분산을 통해 권력공유를 지향하는 미국의 통치체제는 그러한 통치에 대한 유권해석을 가능하게 하는 사법체제와 절차에서도 여실하게 나타난다. 그러므로 예외적인 미국의 실상은 바로 이러한 운용의 묘를 살리려는 끊임없는 경주에서 그 진가가 판명된다.

50) 이러한 위험은 재정주권분립이 가능한 경우에 특히 심각하나 국가에 따라 각기 다른 형태로 전개되어 연방주의 원칙을 통치의 근간으로 표명하는 연방국가들 간의 격차도 심하다. 예를 들어 호주나 독일에서는 비중앙의 조세징수 자율권이 축소한 반면에 스위스나 미국에서는 여전히 존재하며 캐나다도 등락을 거듭하다가 2차대전 이후에 복구되었다. Rodden, Jonathan (2006), pp. 250-251.

51) 이는 우선적으로 사법 관할권에 관한 합의와 이러한 합의를 토대로 통치기제와 통치에 대한 사법심사권의 근거를 요구한다. 또한 원활한 사법부의 역할 수행을 위해서는 연방주의의 제도화 과정 일환으로서 사법체제의 정비도 필수적이다. 미국의 경우는 이중 주권을 사법조직에도 적용하여 이중 사법 관할권을 수립하였으나 상위 정부체제의 사법조직에 하위 정부체제의 사법조직이 용화되는 경우도 있다.

52) 이런 맥락에서 연방주의를 실현하는 과정에서 적절한 책임소재지 분산에 대한 판단 자체가 시대적으로 변하기 때문에 최고 사법부의 중재역할은 연방주의가 성공적으로 유지되는 비결의 열쇠를 쥐고 있다고 할 수 있다. 또한 중간 협약은 연방회의의 동의를 필요하므로 정치적 협상을 통한 사실상 절차는 법률적 절차보다 중요성에서 뒤쳐진다.

V. 결 론

바야흐로 탈중앙화, 즉 다층구조 거버넌스를 제도화시키는 정치체제를 정립하여 정책결정과정에서 절차상 혹은 실질적인 거부권을 행사할 수 있는 행위자의 소재지를 분산시켜 책임 소재지를 다원화하려는 제도적 개혁이 각광을 받고 있다. 이는 설령 지대한 정치적 대가를 요구하는 헌법적 명시라는 경로대신 실질적으로 권력집중으로 인한 폐해를 줄이는 적절한 방안을 추구하는 사실상(*de facto*) 갈등해소창구를 갈망하더라도 궁극적으로 다른 방식의 민주주의적 거버넌스보다 훨씬 더 치밀하고 정교하게 통치기제가 복합적으로 운영되어야 한다는 사실에는 변함이 없음을 의미한다. 왜냐하면 주권분립을 근간으로 하는 통치체제는 궁극적으로 권력을 복수의 정부단계 사이에 분산시키는데 그치지 않고 권력분산을 통해 권력공유를 실현하는데 목표를 두고 있기 때문이다.

미국의 연방주의 원칙은 제한정부 및 사법심사의 원칙과 더불어 권력분산을 통해 권력공유의 묘(妙)를 가능하게 하는 통치체제를 지향하고 있다. 그렇다면 원론과 실상은 어떠한 간극을 보이는가. 헌법은 연방정부와 주정부 간 관계를 규정하여 각 정부단계가 독자적인 권한과 임무를 지니게 하는 수직적 주권분립을 명시하지만 실질적으로 연방정부와 주정부 간 권한과 임무에 관한 명확한 규정은 시대적으로 변해왔다. 또한 연방국가의 구성원인 주 정부 간 관계를 규정하여 수평적 관계의 운용수칙을 제시하고 있으나 정치, 재정 및 행정적 측면에서 상호형평성을 벗어나는 경우가 빈번하다.

본 논문에서는 우선 헌법조문에 명시된 헌법조문을 중심으로 구체적으로 헌법이 연방정부와 주정부에게 위임하거나 금지한 권한 및 양 정부에게 동시에 위임한 권한을 통해 연방주의 원칙을 조명했다. 또한 연방정부와 주정부 간 수직적 관계에서 요구되는 상호 보장에 대한 헌법조문과 의무 및 연방을 구성하는 주정부들이 제각기 따로 운용되는 것을 방지하고

국가정체성을 보장하는 수평적 관계에 대한 헌법조문을 검토했다. 그러나 시대적 변천에 따라 연방정부나 주정부의 역할이나 규모면의 변화는 불가피하며 이러한 변화는 궁극적으로 수직적 및 수평적 관계에 변동을 가져와 권력균형점의 변화를 수반한다는 결론에 도달했다. 따라서 연방정부와 주정부 간 적절한 권력균형점을 둘러싸고 주 권한주의와 국가 권한주의 간 팽팽한 대립은 건국당시부터 현재까지 지속되었다는 점을 강조했다. 동시에 연방정부와 주정부 간 적절한 권력균형점이 어떻게 얻어지는지 이해하기 위해 헌법적 근거와 연방대법원의 판결을 대조하며 연방주의의 제도화 과정을 검토한 후 이를 바탕으로 주권분립의 대칭성이 국가 정체성에 어떻게 작용하는지 분석했다. 그 결과 본 논문은 제도적으로 권력을 분산시켜 권력을 공유하는 통치를 추구하는 미국의 연방주의를 주권분립의 수직적 측면과 수평적 측면에서 살펴봄으로써 책임분산을 구체적으로 언급하지 않으면서도 안정된 다층적 거버넌스를 구현하는 미국 연방주의에서 드러나는 운용의 묘(妙)에 대해 논의하였다. 또한 이러한 시도는 연방주의 원칙의 운용에 있어서 합헌성 여부를 판가름하는 연방대법원의 정당성에 대한 평가를 수반했다.

연방대법원의 판결은 종종 사법적 해석의 통합을 목적으로 내려진다. 만약 단지 정치적 압력에 굴복해서 판결번복이 이루어지는 전례가 만들어진다면 이는 선례를 중시하는 미국의 사법전통을 훼손시키는 재앙을 초래한다. 연방주의 원칙도 예외가 아니다. 수직적으로 그리고 수평적으로 주권분립이 지속적으로 원활하게 구현되려면 이에 대한 유권해석이 보장되는 안정된 사법체계뿐 아니라 그 판결에 승복하는 사법문화가 요구된다.

“개인의 품성처럼 연방대법원의 정당성은 시간이 지나며 확보되어야 한다. 마찬가지로 법치주의에 순종하며 살고자 희망하는 사람들로 구성된 국가의 성격도 또한 시간이 경과하면서 형성되어야 한다. 따라서 준법성에 대한 신념을 헌법소원 사건에 대해 판결을 내리고 헌법에서 추구하는 이상에 관해 국민들에게 전파하는 권위가 부여된 연방대법원으로부터 분리시켜 이해할 수

없다.”⁵³⁾

그러나 동시에 단지 사회적 제어력이 상대적으로 감소되어 자칫 양극화 또는 심지어 파편화된 사회로 전락하면서 분열이 조장되어 국가정체성의 상실로 이어진다는 우려에서 헌법에서 표명하는 제한된 정부 원칙 자체를 도외시한다면, 궁극적으로 건국의 시조들이 중앙화의 폐단을 최소화하는데 기여하는 원심력의 작동에 이상 징후가 나타나고 이는 곧 “연방주의의 내폭(implosion)”을 야기할 수 있다.⁵⁴⁾ 따라서 원심력의 작용을 제하기 위한 강한 중앙정부의 필요성을 강조하며 연합헌장체제로부터 연방헌법체제로의 전환을 도모한 건국의 시조들도 동시에 바로 그 원심력의 작용에 의해 중앙집중화의 폐해가 자체적으로 조정될 수 있다는 신념도 표하고 있다.

“하위 주권체들이 공동이익을 추구하기 위해 결합한다는 원칙에 의거해 형성된 정치적 결사체 내에서도 하위 주권체들 중 공동의 중심으로부터 멀어지려는 시도가 영구적으로 작동하는 별난 경향이 발견된다...[시민들의 충성심을 바탕으로] 주 정부는 종종 연방정부에게 완벽한 경험상대로 간혹 그 권력에 대항세력으로서 중앙정부의 개입을 중화시킴으로써 강압적 굴레에서 벗어나도록 돕는다.”⁵⁵⁾

53) *Planned Parenthood v. Casey* (1998), p. 868. 인공유산율 사생활권에 포함시켜 보장한 *Roe v. Wade* (1986)의 헌법적 근거에 도전한 소송으로 결국 오코너, 케네디, 수터 대법관의 의견에 동참한 블랜cken과 스티븐스 대법관의 판결로 패소했다. 특히 이 패소판결을 통해 Nagel은 제한된 정부의 실상에 대해 회의적으로 비판하면서 설령 선례에 대한 법정 공방으로 인해 사법체계에 파란이 발생하더라도 그 자체가 국가의 안위를 저해하지는 않는다고 역설하고 있다. Nagel, Robert. *The Implosion of American Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 99-111.

54) 표면적으로 압력이 드러나며 충돌하는 외폭(explosion)과 달리 중앙으로 갑자기 밀려들어 오는 압력으로 인해 폭발하는 내폭(implosion)에 대해 헌법적 논리를 근거로 과도한 중앙의 강화로 인한 미국적 정체성의 상실에 대해 경종을 울리는 연구로 Nagel, Robert. *The Implosion of American Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2001)과 Greve, Michael. *Real Federalism: Why It Matters, How It Could Happen* (New York: AEI Press, 1999)을 참조하기 바란다. 그레브는 개인권리센터(Center for Individual Rights) 창립자이기도 하다.

55) Hamilton, Alexander. *The Federalist No. 15와 No. 17*.

연방주의 원칙을 근간으로 하면 중앙으로 끌어들여려는 구심력과 중앙으로부터 일정 거리를 두려는 원심력의 두 가지 상반된 힘이 작용하는 가운데 끊임없이 균형점을 찾아야하는 당혹스러운 통치체제를 상정해야 한다. 비록 구심력과 원심력 간 반비례관계가 존재하나 정치적 풍경에서는 중앙을 중심으로 결합을 독려하는 국가정체성이 비중앙의 자율성 상실로 직결되지 않도록 조정할 수 있는 여지가 있다. 따라서 연방주의 원칙을 헌법에서 표명한 미국에게는 국가정체성이 자율성에 상치된다고 간주할 수 있는 가능성을 억제하여 주권분립의 비대칭성이 증폭되는 것을 미연에 방지하거나 혹은 그 파급효과를 최소화할 수 있는 기제가 필요했다. 권력분산을 통한 권력공유는 바로 이러한 목적에서 탄생했으며 사회기반의 계층화가 주권분립과 직접적으로 연관되어 있지 않은 천연의 조건 속에서 빛을 발할 수 있는 행운까지 누렸다. 그 결과 미국의 국가정체성에 대한 논란은 대체로 타협이 가능한 인위적인 정치 정체성 간 힘 겨루기로 나타나며 그러한 연유로 분쟁발생 시 법에 호소하거나 그 판결에 대한 유권해석에 의존하는 법률적 절차에 의존하는 법문화가 정착했다. 그러나 동시에 수직적 및 수평적 “주권분립 원칙은 미국이 통치 기략과 통치 과학에게 주는 천상의 선물”이기도 하다. 왜냐하면 권력분산을 통해 권력공유를 구현하는 통치체제는 “정립하기도 쉽지 않을뿐더러 유지하기는 더욱더 어려운” 탓에⁵⁶⁾ 민주주의를 구현하고자 하는 위정자들과 유권자들에게, 심지어 연방주의 원칙을 헌법에서 표명하지 않는 경우라도, 통치의 정당성을 부여하기 위해 운용의 묘(妙)에 대해 심각하게 고민하게 만들기 때문이다.

56) “...principle of divided powers was and is the prime gift of the United States to the art and science of government...[I]ts embodiment as a system is not easily established and usually is even more difficult to maintain.” Walker, David. *The Rebirth of Federalism* (Chatham: Chatham House Publishers, 1995), p. 19.

인 용 문 헌

이옥연A. 「미국의 연방주의: 탄생과 유지의 비결」 『미국학』 제29집, (2006).

____B. (Okyeon Yi). "Institutional and Political Dimensions of Fiscal Federalism in the Multilevel Government, the U.S. Case," 『세계지역연구논총』 제25권 2호, (2007).

____C. 「연방제도 정립과정 비교: 안정된 연방국가 7개국의 다층구조 거버넌스 구축을 중심으로」 『한국과 국제정치』 제23권 4호, (2007).

Barnett, Randy. *Restoring the Lost Constitution: the Presumption of Liberty* (Princeton: Princeton University Press, 2004).

Burke, Thomas. "In defense of state sovereignty," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and American Federalism, A Documentary History* (Westport: Greenwood Press, 1999).

Burns, James et al. *States and Local Politics: Government by the People*, 10th ed. (Upper Saddle River: Prentice Hall, 2001).

Cammisa, Anne Marie. *Governments as Interest Groups: Intergovernmental Lobbying and the Federal System* (Westport: Praeger, 1995).

Diamond, Martin. "What the Framers meant by federalism," in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007).

Dye, Thomas. *American Federalism: Competition Among Governments* (Lexington: Lexington Books, 1990).

Epstein, David E. *The Political Theory of the Federalist* (Chicago: the University of Chicago Press, 1984).

- Greve, Michael. *Real Federalism: Why It Matters, How It Could Happen* (New York: AEI Press, 1999).
- Halberstam, Daniel and Roderick Hills, Jr. "State autonomy in Germany and the United States," in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007).
- Hamilton, Alexander, James Madison, and John Jay. *Federalist Papers*, edited and with an Introduction by Gary Wills, (New York: Bantam Books, 1787-1788/1982).
- Kincaid, John. "The devolution tortoise and the centralization hare: the slow process in down-sizing big government," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and American Federalism, A Documentary History* (Westport: Greenwood Press, 1999).
- McDonald, Forrest. *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio 1776-1876* (Lawrence: University Press of Kansas, 2000).
- McIntyre, Andrew. *The Power of Institutions: Political Architecture and Governance* (Ithaca: Cornell University Press, 2003).
- Madison, James. "Vices of the political system," in Drake, Frederick and Lynn Nelson. eds. *States' Rights and American Federalism, A Documentary History* (Westport: Greenwood Press, 1999).
- Nagel, Robert. *The Implosion of American Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Robertson, David. *The Constitution and America's Destiny* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Rodden, Jonathan. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- Scheiber, Harry. "The condition of American federalism: An historian's

- view,' in in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007).
- Stephens, Ross and Nelson Wikstrom. *American Intergovernmental Relations: A Fragmented Federal Polity* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Tarr, Alan. "American state constitutions and minority rights," in Tarr, Alan et al. *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights* (Westport: Praeger, 2004).
- Walker, David. *The Rebirth of Federalism* (Chatham: Chatham House Publishers, 1995).
- Waltenburg, Eric and Bill Swinford. *Litigating Federalism: The States Before the U.S. Supreme Court* (New York: Greenwood Press, 1999).
- Walters et al. "Intergovernmental relations and federalism: Its past, present and future, and does anyone care?" in O'Toole, Laurence. ed. *American Intergovernmental Relations: Foundations, Perspectives, and Issues* (Washington, DC: CQ Press, 2007).
- Yarbrough, Tinsley. *The Rehnquist Court and the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2000).
- Zimmerman, Joseph. *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power* (Westport: Praeger, 1992).
- _____. *Interstate Relations: The Neglected Dimension of Federalism* (Westport: Praeger, 1996).

【Abstract】

Separated Institutions Sharing Power

Okyeon Yi
(Seoul National University)

Federations divide power among multiple orders of government so both national and state governments have their own duties and responsibilities. In doing so, federalism promotes an idea of limited powers, that is, a government of separated institutions sharing power, as principles of government. Federal systems also face extraordinary problems of keeping each state from going its separate way, i.e. state-to-state or intergovernmental relations. The US Constitution, however, neither mentions 'federalism' nor lays out specifics about how powers are divided among multiple orders of government. The Tenth Amendment simply states that powers not delegated to the national government are reserved to the state or the people, while the so-called commerce and 'necessary and proper' clause in Article I, Section 8 provide a constitutional basis for the national government's powers which are not limited by powers reserved to the states or the people. This paper surveys the principles of government included in the US Constitution, especially federalism, judicial review, and limited government.

주제어 (Key Words)

제한된 정부(limited government), 권력분산(separated institutions), 권력공유(sharing power), 주권분립(division of powers), 주간 관계(state-to-state relations), 미국 연방주의(US federalism)